

Los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia como elemento moderador de la responsabilidad administrativa después de la Guía de la CNMC

María Granados Rodríguez

*Graduada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Carlos III de Madrid
Legal Trainee en DLA Piper*

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Doménech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Iranzo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Las empresas tienen la obligación legal de cumplir la normativa de defensa de la competencia. En la práctica empresarial surgía constantemente la duda sobre si, en caso de infracción de dicha normativa, las autoridades de competencia podían moderar la responsabilidad administrativa de las empresas infractoras y reducir el importe de la multa en los supuestos en que la empresa hubiera implantado en su seno un programa de cumplimiento. Al respecto, la doctrina académica y la doctrina administrativa de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de competencia, incluida la CNMC, había oscilado entre valorarlo como una atenuante o como una agravante, existiendo también supuestos en los que no se le atribuía ningún efecto en el cálculo de la multa. Con la *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*, publicada por la CNMC en junio de 2020, se reconoce la posibilidad de considerar los programas de cumplimiento eficaces como elemento moderador de la responsabilidad administrativa, disponiendo la reducción de la multa e incluso la exención del pago. Esta opción supone un incentivo para las empresas para implantar programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia.

Palabras clave: defensa de la competencia; programas de cumplimiento; autoridad de competencia; sanción.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Granados Rodríguez, M.^a (2022). Los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia como elemento moderador de la responsabilidad administrativa después de la Guía de la CNMC. *Revista CEFLegal*, 253, 87-118.



The antitrust compliance programmes as moderating elements of administrative liability after CNMC Guidelines

María Granados Rodríguez

Abstract

Companies are legally bound to comply with antitrust regulations. Corporate practices constantly arose the doubt on whether, in case of a regulation breach, competition authorities could moderate those breaching companies administrative liability by reducing fines, had a compliance programme been implemented. On that subject, jurisprudence, as well as decisions issued by the European Commission or member States' competition authorities, including CNMC, swung from considering them as mitigating circumstances to aggravating ones or even not attributing effects at all on the amount of the fine. The Antitrust Compliance Programmes Guidelines, published by the CNMC in June 2020, acknowledge the possibility to consider efficient compliance programmes as a means to moderate administrative liability, adjusting the fine or even exempting payment. This may trigger the companies willingness to implement antitrust compliance programmes.

Keywords: antitrust; compliance programmes; competition authority; fine.

Citation: Granados Rodríguez, M.^a (2022). Los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia como elemento moderador de la responsabilidad administrativa después de la Guía de la CNMC. *Revista CEFLegal*, 253, 87-118.

Sumario

1. Introducción
 - 1.1. La creciente importancia del derecho de la competencia
 - 1.2. Los riesgos en caso de su incumplimiento
 - 1.3. La gestión de los riesgos: el cumplimiento normativo
 - 1.4. El auge del cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia
 - 1.4.1. Antecedentes en el derecho de la Unión Europea y en el derecho comparado
 - 1.4.2. Antecedentes a nivel estatal
 2. El requisito de eficacia de los programas de cumplimiento en defensa de la competencia
 - 2.1. Análisis caso por caso
 - 2.2. Criterios para que el programa sea eficaz según la Guía
 3. Valoración del programa de cumplimiento eficaz en la determinación del importe de la sanción
 - 3.1. Valoración de los programas de cumplimiento antes de la Guía
 - 3.1.1. Discusión doctrinal: ¿atenuante o agravante?
 - 3.1.1.1. Programas de cumplimiento como agravante
 - 3.1.1.2. Programas de cumplimiento como atenuante
 - 3.1.1.3. Posición de la Comisión Europea y autoridades de competencia nacionales
 - 3.1.3. Posición de la CNMC
 - 3.1.3.1. Programas de cumplimiento *ex ante*
 - 3.1.3.2. Programas de cumplimiento *ex post*
 - 3.2. Valoración de los programas de cumplimiento después de la Guía
 - 3.2.1. Programas de cumplimiento *ex ante*
 - 3.2.1.1. Infracción muy grave constitutiva de cártel
 - 3.2.1.2. Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel
 - 3.2.2. Programas de cumplimiento *ex post*
 - 3.3. Aplicación de la Guía por la CNMC
 4. Conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

1.1. La creciente importancia del derecho de la competencia

En un sistema de mercado, la libertad de competencia constituye un elemento esencial¹, en la medida en que «la competencia entre los productores garantiza la libertad de los individuos en todos los ámbitos en los que reciben bienes y servicios de otros y, además, [...] cumple funciones altamente beneficiosas para el bienestar social, fundamentalmente garantizar la eficiencia del sistema productivo» (Alfaro Águila-Real, 2017). En cierto modo, los mercados son un mecanismo óptimo para fomentar la competencia entre los productores, en beneficio de los consumidores (Alfaro Águila-Real, 2013a).

Pero también en un sistema de mercado pueden uno o varios operadores económicos crear obstáculos a la libertad de competencia en su propio beneficio, y en perjuicio de los demás competidores y, en consecuencia, al conjunto de los consumidores (Robles Martín-Laborda, 2016), especialmente porque la competencia permite «descubrir» al productor de menor coste y, con ello, sacar el mayor partido posible a la disposición de pagar de los consumidores (Alfaro Águila-Real, 2013b).

En ese contexto, se muestra imprescindible un cuerpo normativo que garantice la competencia en el mercado, asegurando el funcionamiento eficiente de los mercados y mejorando el bienestar general o el de los consumidores (Alfaro Águila-Real, 2021), pero también evitando la aparición de conductas que perjudiquen a los consumidores (Alfaro

¹ El mercado interior está consagrado como uno de los principios de la Unión Europea (arts. 4.2.a, 26, 27, 114 y 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Águila-Real, 2013b). El sistema normativo de defensa de la competencia busca promover y defender una competencia efectiva entre operadores económicos². Así, la aplicación pública del derecho de la competencia se encargará de castigar al infractor y, sobre todo, de disuadirle (en inglés, *deterrence*) mediante la imposición de sanciones (Robles Martín-Laborda, 2018), mientras que la aplicación privada buscará resarcir a los perjudicados por las infracciones del derecho de la competencia (Díez Estella, 2019).

1.2. Los riesgos en caso de su incumplimiento

El cumplimiento de las normas de defensa de la competencia es una obligación de la que ningún operador económico queda exento³. En esta materia la normativa española contiene prohibiciones en que no deben incurrir las empresas, que son principalmente los acuerdos colusorios, el abuso de posición dominante y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales⁴.

Desafortunadamente, la efectividad de una prohibición depende en buena medida de cuáles sean en la práctica las consecuencias de su infracción (Robles Martín-Laborda, 2018), que varían dependiendo de las circunstancias del caso concreto. En primer lugar, sanciones administrativas impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a la empresa infractora o a sus directivos, generalmente pecuniarias de elevada cuantía (Robles Martín-Laborda, 2018). En segundo lugar, la prohibición de contratar con el sector público⁵. En tercer lugar, indemnizaciones de daños y perjuicios impuestas por los juzgados de lo mercantil (Díez Estella, 2019). Finalmente, la última ratio de protección es la tutela penal, pudiendo llegar a castigarse la conducta infractora con penas privativas de libertad⁶. A todo lo anterior hay que sumar la mala reputación que tendrá la empresa frente

² Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

³ Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC); Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

⁵ El artículo 71.1 b) de la LCSP dispone que quedan sujetos a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. A este respecto, la CNMC ha sostenido que «si bien la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar ha sido discutida y ha dado lugar a una línea jurisprudencial no siempre pacífica, cabe admitir que estas, no siendo sanciones en sentido estricto, tienen el carácter de actos restrictivos de derechos, lo que obliga a tener en cuenta determinados aspectos o principios propios del régimen sancionador» (RCNMC de 14 de marzo de 2019 [Expte. S/DC/0598/2016, asunto *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*]).

⁶ Así, pueden ser constitutivos de un ilícito penal los delitos contenidos en los artículos 262, 281 y 284 del Código Penal.

al resto de agentes del mercado y, en todo caso, frente a los consumidores, tras la realización de actos contrarios a la normativa de competencia.

Este trabajo se centrará en el análisis de las sanciones que pudiera imponer la CNMC ante las infracciones del derecho de la competencia. Estas sanciones tienen el objetivo de disuadir del incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, tanto a las infractoras como al resto de las empresas que puedan incurrir en conductas anticompetitivas (García-Verdugo Sales, 2016), y prevenirlas para evitar la eventual imposición de la correspondiente sanción.

1.3. La gestión de los riesgos: el cumplimiento normativo

Vistos los riesgos a que se enfrentan los empresarios, lo lógico sería que estos se anticiparan a la eventual infracción anticompetitiva –y, por ende, a sus nefastas consecuencias–. Por el contrario, la realidad empresarial revela que el derecho de la competencia es un ámbito olvidado –o, en cualquier caso, descuidado– por las empresas: dado el enrevesado entramado de normas que regulan la actividad comercial y empresarial, la abstracción de las normas sobre defensa de la competencia y el encuadre de las sanciones anticompetitivas en el desconocido derecho administrativo, con frecuencia los empresarios desconocen sus obligaciones legales en esta materia, así como las consecuencias de su incumplimiento. Así, no se anticipan a la eventual infracción anticompetitiva o, de hacerlo, es en la mayoría de los casos demasiado tarde, enfrentándose a una sanción administrativa (Pérez Fernández, 2015, p. 414).

Esta realidad empresarial pone de relieve la conveniencia de que las empresas realicen un esfuerzo adicional. Es en este marco en el que entra en juego el cumplimiento normativo (en inglés, *compliance*), que se refiere a la voluntad de neutralizar «programadamente» los riesgos que se producen en seno de la empresa como consecuencia de su actividad (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 66). Así, los programas de cumplimiento normativo en defensa de la competencia (en adelante, «programa de cumplimiento») son herramientas que permiten a los operadores económicos prevenir, detectar y reaccionar de manera temprana ante conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa y afectar a su reputación (CNMC, 2020a). Se trata de, por un lado, prevenir infracciones y, por otro lado, una vez se hayan producido estas infracciones, establecer los medios para detectar y reaccionar ante las infracciones que no hayan podido ser evitadas⁷. La función

⁷ Resoluciones de la CNMC de 17 de septiembre de 2015 (Expte. SNC/0036/15, asunto *Mediaset*); 12 de enero de 2016 (Expte. S/DC/0522/14, asunto *Thyssenkrupp*); 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/15, asunto *Mudanzas Internacionales*); y 1 de octubre de 2019 (Expte. S/DC/0612/17, asunto *Montaje y Mantenimiento Industrial*).

de estos programas es, pues, controlar y vigilar el cumplimiento normativo –prevenir y detectar– (Pérez Fernández, 2014, p. 76).

Así, el programa de cumplimiento puede adoptarse antes de la detección de la infracción, es decir, con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador (en adelante, «programa de cumplimiento *ex ante*») o una vez detectada la infracción e iniciado dicho procedimiento administrativo (en adelante, «programa de cumplimiento *ex post*»); estos últimos pueden tratarse de un proyecto de diseño de un programa de cumplimiento o un proyecto de mejora del programa que pudiera tener con anterioridad al inicio de la investigación de la CNMC (2020a, pp. 13-14).

Pese a que no suele parecer tan evidente ni crucial la necesidad y utilidad de estos programas (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 96) pueden ser una herramienta para las empresas que facilita el conocimiento, el entendimiento y el cumplimiento de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la Competencia (LDC) (Cohí Anchía, 2015, p. 379) y, en última instancia, evita incumplir la normativa vigente y la eventual sanción. Y es que el cumplimiento normativo se revela esencial para la legitimidad de los mercados (Alfaro Águila-Real, 2013a y 2021), en la medida en que los riesgos son graduables y, en buena medida predecibles, y solo la propia empresa conoce y controla los riesgos que genera con su actividad (Ramírez Barbosa y Ferré Olivé, 2019, p. 68). Pero para ello, el cumplimiento del derecho de la competencia debe ser, además de una obligación, una prioridad para la empresa; por tanto, la disciplina del cumplimiento normativo gira en torno a la idea de autorregulación o autodisciplina⁸.

1.4. El auge del cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia

14.1. Antecedentes en el derecho de la Unión Europea y en el derecho comparado

El origen del cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia en la Unión Europea se sitúa, por un lado, en el programa de clemencia⁹ y, por otro lado, en el

⁸ Tato Plaza (2013, pp. 111) sostiene que puede hablarse de autorregulación cuando «se adoptan ciertas normas de conducta de carácter ético o deontológico que las empresas se obligan a acatar y se instauran los mecanismos adecuados encaminados a velar por el cumplimiento de aquellas normas de conducta».

⁹ La Comisión Europea acogió el programa de clemencia ya en el año 1996 (Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles del 18 de julio de 1996), que fue modificada en 2002 (Comunicación de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2002, relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en caso de cártel) y, sobre todo, en 2006 (Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel).

principio general de autorización automática de los acuerdos restrictivos de la competencia que cumplen ciertos requisitos –por tanto, sin necesidad de autorización previa¹⁰, trasladándose a las empresas el deber de informarse sobre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de sus comportamientos anticompetitivos (Pérez Fernández, 2014, p. 76). Por otro lado, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DCP) introdujo el falseamiento de la competencia como un motivo de exclusión de la participación en un procedimiento de contratación. Y para impulsar la labor de concienciación de las empresas, directivos y empleados en el cumplimiento de las normas penales y administrativas, incluidas las de defensa de la competencia, el legislador europeo elaboró la directiva Whistleblowing (Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión).

Además, diversas instituciones han publicado guías o manuales en los que se explica la importancia del cumplimiento en el derecho de la competencia. Así, entre otros documentos internacionales, se hallan *La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE*, documento elaborado por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en 2011, o *The ICC Antitrust Compliance Toolkit*, elaborada por la Cámara de Comercio Internacional y publicada en 2013. A nivel comparado, también existen diversas guías elaboradas por autoridades de la competencia, que se han tomado como referencia a la hora de diseñar los programas de cumplimiento. Por ejemplo, recientemente publicadas destacan las siguientes: *CMA's Guidance as to the appropriate amount of a penalty* y la actualización de la *Guidance: Competition law risk: a short guide*, publicado por la Competition and Markets Authority (CMA) inglesa el 18 de abril de 2018 y el 10 de septiembre de 2020, respectivamente; *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence* y la *Communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité*, publicadas por la Autorité de Defense de la Concurrence (ADC) francesa el 16 de mayo de 2011 y el 19 de octubre de 2017, respectivamente; por último, la *Linee guida sulla compliance Antitrust*, publicadas por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) italiana el 25 de septiembre de 2018.

1.4.2. Antecedentes a nivel estatal

El auge de los programas de cumplimiento penal en el seno de las empresas vino con la introducción, en el artículo 31 bis del Código Penal (CP), de la exención de responsabili-

¹⁰ Este principio fue introducido por el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que sustituyó al sistema anterior de notificación previa a la Comisión Europea de los acuerdos restrictivos de la competencia para obtener su autorización.

dad penal a las personas jurídicas que hubieran implantado un programa de cumplimiento penal antes de la comisión del delito –o, en caso de acreditación parcial de dichas circunstancias, su atenuación– y, en el artículo 31 quarter del CP, de la atenuante a las personas jurídicas que hubieran adoptado medidas de cumplimiento normativo después de la comisión del delito¹¹. Así, los programas de cumplimiento son un instrumento que puede valorarse para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, en caso de que alguna conducta restrictiva de la competencia que lleve a cabo sea subsumible en los tipos delictivos recogidos en el Código Penal¹².

En materia de defensa de la competencia, el panorama legislativo español es similar al europeo. Para fomentar que las empresas cumplieran las normas de competencia se introdujo en la actual LDC el programa de clemencia ante la constatación de conductas prohibidas, como la participación en cárteles (Perramón Flaquer, 2020). Además, con el mismo fin de incentivar a las empresas a instaurar programas de cumplimiento en el seno de sus organizaciones se incluyó en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP) medidas de defensa de la competencia: aunque se excluye de las licitaciones convocadas por las entidades del sector público a las empresas que hayan sido sancionadas con carácter firme por una infracción grave de la competencia (art. 71.1.b), se exime de dicha exclusión a las empresas que acrediten el pago o el compromiso de pago de la multa y adopten medidas de cumplimiento normativo apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (art. 72.5)¹³. Y, por último, está pendiente la trasposición de la directiva Whistleblowing, tras la cual las empresas con más 50 trabajadores estarán obligadas a disponer de un canal de denuncias anónimo¹⁴.

También con el objetivo de contribuir en la difusión de una cultura de competencia ajustada a derecho en España, y ante la escasa presencia en empresas de programas de cumplimiento en materia de competencia, la CNMC decidió dar un impulso a su implantación¹⁵ elaborando la «Propuesta de Guía de Programas de Cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia elaborada por la referida CNMC» (en adelante,

¹¹ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase Lascurain Sánchez (2015a y 2015b).

¹² Por ejemplo, los delitos contenidos en los artículos 262, 281 y 284 del Código Penal.

¹³ La LCSP transpone a través de su artículo 72.5 el mecanismo de autocorrección previsto en la DCP.

Recientemente la CNMC ha comenzado a pronunciarse en sus resoluciones sobre la prohibición de contratar con el Sector Público recogida en el artículo 71 de la LCSP (RCNMC de 14 de marzo de 2019 [Expte. S/DC/0598/2016, asunto *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*]).

¹⁴ El plazo de trasposición de la directiva Whistleblowing finalizaba el 17 de diciembre de 2021, pero a la fecha de elaboración del presente trabajo el proyecto de ley aún está siendo elaborado y su elevación al Consejo de Ministros tendrá lugar en el transcurso del año 2022.

¹⁵ Debe mencionarse que, curiosamente, en España, la primera autoridad de competencia que elaboró una guía en materia de defensa de la competencia fue la Autoridad Nacional Vasca, que publicó la «Guía de compliance en materia de competencia» en 2019.

Propuesta de Guía), que se sometió a consulta pública (CNMC, 2020c). Como principales comentarios críticos a la Propuesta de Guía, la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) elaboró los «Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia a la Propuesta de Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia sometida a consulta pública» (en adelante, Comentarios de la AEDC) (AEDC, 2020), documento al que aludiremos a lo largo de este trabajo. Tras la consulta, se publicó la versión definitiva el día 10 de junio de 2020 bajo el nombre de «Guía de programas de cumplimiento normativo en relación con la defensa de la competencia» (en adelante, Guía) (CNMC, 2020a). Este documento muestra el compromiso de la CNMC con la promoción de los programas de cumplimiento para la difusión de una cultura de competencia en aras del interés público (CNMC, 2020b).

2. El requisito de eficacia de los programas de cumplimiento en defensa de la competencia

En principio puede ser tarea fácil la elaboración de un programa de cumplimiento¹⁶. Cosa distinta es que este programa llegue a ser eficaz para prevenir comportamientos anticompetitivos en el seno de la empresa, así como detectar potenciales incumplimientos y reaccionar ante ellos.

La Guía recopila criterios básicos que la CNMC considera relevantes para valorar la eficacia de los programas de cumplimiento. Si bien es cierto que la mayoría ya se incluían en los programas de cumplimiento habituales¹⁷, la Guía aporta transparencia a esos criterios básicos (CNMC, 2020a, p. 4). Los elementos recogidos en la Guía tienen por finalidad garantizar la efectividad de estos programas para lograr su cometido, que es la prevención de ilícitos anticompetitivos, así como la detección y reacción ante estos. Si se dan tales elementos, la Guía reconoce ciertas consecuencias a la implantación del programa de cumplimiento¹⁸.

¹⁶ Cohí Anchía (2015, p. 383), sobre la elaboración de los programas de competencia en materia de defensa de la competencia: «Es obvio que el programa debe ser sencillo y práctico, es decir, ante todo, debe comprenderse y poder aplicarse, de forma que toda la empresa sea consciente del alcance de la normativa de competencia, pues, en caso contrario, todos los demás puntos carecerán de validez. Una buena comprensión de aquellas prácticas que están prohibidas, así como, en caso de infracción, las sanciones o el protocolo a seguir, es fundamental para garantizar el éxito del programa. Pero no solo eso. También debe facilitar una comprensión correcta sobre lo que sí es posible realizar en el mercado de acuerdo con la normativa de competencia».

¹⁷ Estal Gallego (2020) hace notar que en la Guía no hay nada novedoso respecto del contenido de los programas que se han venido implantando en las organizaciones.

Además, con anterioridad a la Guía ya existían numerosas publicaciones que podían ser de gran ayuda para diseñar un programa de cumplimiento eficaz (véase apartado 1.4.1. de este trabajo).

¹⁸ Véase apartado 3 de este trabajo.

2.1. Análisis caso por caso

Según la Guía, la valoración de los criterios exigidos por la CNMC en este documento se realizará por esta autoridad caso por caso, atendiendo especialmente a los recursos de la empresa y su nivel de exposición real o potencial a los riesgos derivados de la infracción de las normas de defensa de la competencia (CNMC, 2020a, p. 7). Es decir, cada empresa elaborará su propio programa de cumplimiento atendiendo a las particularidades de su estructura y tamaño¹⁹, así como su actividad y el sector en que el que opera²⁰, si bien, para que la CNMC aprecie la eficacia del programa de cumplimiento, deberá atenerse a los criterios que la Guía considera elementos básicos y necesarios en cualquier programa de cumplimiento de defensa de la competencia.

Así, a la vista de las características concretas de cada empresa se detallarán las conductas prohibidas, y también las normas de comportamiento básicas que de modo preventivo deben respetarse (Pérez Fernández, 2015, p. 415). La confección del programa de cumplimiento pasa por elaborar un diseño «a medida» partiendo de un análisis inicial de los riesgos anticompetitivos específicos a los que se enfrenta cada empresa en particular (Lema Dapena, 2019).

2.2. Criterios para que el programa sea eficaz según la Guía

Los criterios que la CNMC considera generalmente adecuados para el diseño e implementación de un programa de cumplimiento eficaz se recogen en la Guía. La propia CNMC expresaba en su nota de prensa, emitida tras la publicación de la Guía, que «para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento. Esto debe hacerse a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de las medidas organizativas para su desarrollo. Además, debe trasladarse al proceso de toma de decisiones cotidianas dentro de la empresa» (CNMC, 2020b).

Para que se considere «eficaz» el programa de cumplimiento debe «contar con controles internos idóneos para detectar conductas anticompetitivas en el seno de la organización y prever medidas reactivas en términos de colaboración activa con la autoridad una vez detectada la infracción» (Terns Freixes, 2020). No obstante, debe advertirse que, si se trata

¹⁹ Lema Dapena (2019) precisa que hay empresas que, por su tamaño o estructura, ni siquiera son aptas para cometer alguna de las conductas anticompetitivas.

²⁰ Lema Dapena (2019) señala que no todas las empresas están sometidas a los mismos riesgos anticompetitivos *antitrust*, ya que hay mercados que son más proclives a estas prácticas.

de infracciones muy graves constitutivas de cártel de larga duración, la acreditación de la eficacia del programa puede ser muy compleja.

En cualquier caso, la Guía exige que los programas de cumplimiento se compongan de dos tipos de elementos²¹. Por un lado, los elementos estructurales, que incluyen a) la implicación de los *órganos de administración* o los *principales directivos* de la empresa; b) la independencia y autonomía del *responsable de diseño y control* de las políticas de cumplimiento; c) el diseño del *procedimiento interno* para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones, y d) el diseño de un *sistema disciplinario* transparente y eficaz. Por otro lado, los elementos referidos a la ejecución y control de programas de cumplimiento, que incluyen a) la *formación eficaz* de los empleados sobre el objetivo del derecho de la competencia, las conductas prohibidas y las sanciones y riesgos a los que la empresa se expone; b) la existencia de un *canal de denuncias* de infracciones anticompetitivas, y c) la identificación de *riesgos* y diseño de *protocolos* o mecanismos de control.

3. Valoración del programa de cumplimiento eficaz en la determinación del importe de la sanción

Con anterioridad a la Guía la adopción de programas de cumplimiento por parte de empresas no se tomaba en consideración en el ordenamiento español, ni como una agravante ni como una atenuante a efectos de la imposición de sanciones en los casos en que se acreditaba la infracción, sin perjuicio de la posibilidad de atenuar la responsabilidad acogiéndose al programa de clemencia²². Y las empresas infractoras que no podían acogerse al programa de clemencia por no haberlo hecho en el momento oportuno buscaban constantemente medios para atenuar su responsabilidad, adoptando programas de cumplimiento *ex post* y pidiendo la aplicación analógica de las garantías del derecho penal en el ámbito del derecho administrativo sancionador (Vega García, 2016)²³.

²¹ Esta distinción se corresponde con la realizada en los comentarios de la AEDC a la Guía.

²² La política de clemencia, regulada en los artículos 65 y 66 de la LDC –con desarrollo reglamentario en los arts. 46 a 53 RDC–, permite a la CNMC proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento de la CNMC la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en este, aportando las pruebas sustantivas que tenga a su disposición o que pueda recabar a través de una investigación interna, siempre y cuando cumpla los requisitos y condiciones establecidos en la LDC y en su normativa de desarrollo. Así, con anterioridad a la Guía la única posibilidad de atenuar la sanción residía en los programas de clemencia.

²³ Precisamente con la posible eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la implantación de un sistema eficaz de supervisión y control de prevención de delitos, se abrió la puerta a considerar como atenuante la implantación de dichos programas de cumplimiento en el derecho de defensa de la competencia.

En este contexto, la CNMC finalmente ha admitido expresamente la posibilidad de considerar en el cálculo de la multa los programas de cumplimiento como una circunstancia atenuante de la responsabilidad (Vega García, 2016) si así se incentiva el cumplimiento normativo de las empresas y, por tanto, se evita incurrir en ilícitos anticompetitivos. De este modo, las empresas podrán pedir una moderación de la sanción impuesta por la CNMC al amparo del artículo 64.3 d) de la LDC –junto con una posible exención de la prohibición de contratar con el sector público–, siempre y cuando el programa de cumplimiento cumpla con el requisito de eficacia (expuesto en el apartado 2 de este trabajo).

Sin embargo, la valoración de la atenuante depende del momento en que el programa se haya adoptado, es decir, de si se trata de un programa de cumplimiento *ex ante* o *ex post* (Terns Freixes, 2020).

3.1. Valoración de los programas de cumplimiento antes de la Guía

A pesar de que, como hemos adelantado, ahora la Guía contempla los programas de cumplimiento como circunstancia atenuante, no siempre ha sido así.

3.1.1. Discusión doctrinal: ¿atenuante o agravante?

La relación entre los programas de cumplimiento y la responsabilidad administrativa derivada de la infracción de las normas de competencia es un tema muy relevante para las empresas a efectos prácticos, aunque por su novedad la cuestión no ha sido abordada extensamente por la doctrina (Vega García, 2016).

3.1.1.1. Programas de cumplimiento como agravante

En contra de los programas de cumplimiento se han pronunciado varios autores con base en distintos argumentos –llegando a considerar que podrían constituir una agravante–, si bien se trata de una doctrina minoritaria.

En primer lugar, algunas voces opinan que «la adopción de este tipo de programas ya se ve suficientemente "recompensada" o "incentivada" teniendo en cuenta los beneficios que supone acogerse a la política de clemencia, al conocer la normativa de competencia» (Cohí Anchía, 2015, p. 391).

Por ejemplo, en la RCNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*) se pedía la aplicación analógica del vigente artículo 31 quáter del CP.

En segundo lugar, la implantación de un programa de cumplimiento en el seno de una empresa no puede premiarse, pues, al contrario, generaría un efecto perverso, ya que los empresarios adoptarían un programa de cumplimiento simplemente «con el objetivo de minorar la multa, y por tanto haciendo el coste de la infracción mucho menor, por ende, incentivando en cierto modo dichas conductas» (Cohí Anchía, 2015, p. 391).

En tercer lugar, aunque este argumento parezca contradictorio, la implantación de programas de cumplimiento, como un incentivo para cumplir con el derecho de la competencia, llevaría a su propia ineffectividad para lograr tal cometido (Cohí Anchía, 2015, p. 392). En este sentido, Wils (2013) considera que un programa de cumplimiento produce efectos sociales (para el bienestar social) negativos. Por ejemplo, los empleados estarán mejor informados de la probabilidad de sanción, por lo que incrementarán su actividad ilícita en lugar de abstenerse de ella como consecuencia de un cálculo coste/beneficio; la compañía –a través el responsable de cumplimiento de la normativa de competencia– que descubre, en ejecución del programa de cumplimiento, una infracción tendrá más facilidad para destruir las pruebas –o tratar de ocultarlas– en lugar de autodenunciarse (Alfaro Águila-Real, 2013c citando a Wils); por último, los altos directivos de la empresa –los grandes «cartelistas» generalmente–, ya son perfectamente conscientes de la ilegalidad de sus actuaciones, pero también de los beneficios ilegales que un cártel les puede llegar a reportar, por lo que harán todo lo posible para no ser descubiertos, haciendo uso precisamente de un programa de cumplimiento²⁴.

Los defensores de este argumento encuentran su fundamento en la propia redacción de la LDC, en cuyo artículo 1 apartado primero se definen las conductas colusorias como «conductas perfectamente planeadas, acordadas y orquestadas por todas las voces implicadas»²⁵. Así, «su ejecución no responde a un conjunto de actuaciones espontáneas, irreflexivas o involuntarias, sino que son el resultado de una o varias acciones positivas y conscientemente deliberadas, que van dirigidas a falsear el juego de la libre competencia» (Lema Dapena, 2019). A partir de este razonamiento, conciben los programas de cumplimiento como «políticas internas diseñadas por una compañía para enseñar a sus directores y empleados a evitar riesgos de conductas anticompetitivas» (Blánquez Palasi, 2019).

En cuarto lugar, otros autores opinan que el hecho de que un programa de cumplimiento efectivo falle precisamente puede ser una prueba –o, al menos, un indicio– de que no es eficaz. Es decir, si falla, no está siendo eficaz, o no merecía ser considerado como eficaz; entonces no se sostiene el argumento de premiar un programa de cumplimiento que ha fallado, luego que no era eficaz (Cohí Anchía, 2015, p. 391).

²⁴ En este sentido, Lachnit (2014, pp. 31-35).

²⁵ El artículo 1 de la LDC reza así: «Todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional».

Por último, con anterioridad a la publicación de la Guía se argumentaba también que, si lo que se compensara fuera un programa de cumplimiento eficaz, se debía definir y validar lo que se entiende por «eficaz», lo cual requería de recursos y de la adopción de criterios concretos. No obstante, este problema ha quedado resuelto con la Guía.

3.1.1.2. Programas de cumplimiento como atenuante

No son pocas las voces que abogan por la consideración de los programas de cumplimiento como atenuante de la responsabilidad administrativa en el cálculo del importe de las multas a las empresas, entendiendo que podrían ser un incentivo para su adopción (Cohí Anchía, 2015, p. 390).

En primer lugar, Pérez Fernández opina que resulta contradictorio que se prevea *de lege lata* la atenuación de la responsabilidad –o incluso su exención– para aquellas empresas que vulneran la normativa y acuden *ex post* a la CNMC en el marco de la política de clemencia, pero no se contemple esta posibilidad para aquellas empresas que *ex ante* han invertido una cantidad importante de recursos en la prevención de comportamientos anticompetitivos mediante un programa de cumplimiento (Pérez Fernández, 2013)²⁶.

En segundo lugar, la implantación de un programa de cumplimiento en el seno de una empresa debe premiarse, pues solo así se incentiva a que los empresarios instauren en el seno de sus organizaciones estos programas, contribuyendo a servir al objetivo de evitar comportamientos anticompetitivos. No debe olvidarse que la finalidad de las multas derivadas de infracciones en materia de defensa de la competencia es la prevención o disuasión. Y es obvio que la minoración de la responsabilidad –previa la adopción de programas de cumplimiento– es un incentivo para prevenir conductas anticompetitivas (Pérez Fernández, 2013)²⁷.

En tercer lugar, la adopción de programas de cumplimiento no podría llevar en ningún caso a su ineffectividad para cumplir con su finalidad de prevenir y detectar infracciones anticompetitivas. Como afirma Alfaro, no se trata de que gracias al programa de cumplimiento los empresarios aprendan a infringir las normas de la competencia sin que les pillen, sino precisamente de que la existencia del programa de cumplimiento reduzca la probabilidad de que la empresa destruya pruebas, ya que el responsable de cumplimiento se preocupará de advertir que no se haga tal cosa. «Y, aunque no le hagan mucho caso, más le harán que en el supuesto de que no exista responsable de cumplimiento» (Alfaro Águila-Real, 2013c).

Como defiende Alfaro, haciendo una dura crítica a la opinión de Wils –anteriormente expuesta–, el criterio para distinguir a una empresa «buena» de una empresa «mala» no puede

²⁶ Así también Martín Moral (2021, p. 419).

²⁷ Véase nota anterior.

basarse ya en la contratación de un auditor externo –distinguiendo entre empresas que llevan una contabilidad escrupulosa y empresas que manipulan su contabilidad–, ya que viene exigido por la ley. El criterio determinante que permita a las buenas empresas separarse de las malas debe consistir en «certificadores externos y atribuir discrecionalidad a la autoridad sancionadora para apreciar, como atenuante, la exigencia del programa de cumplimiento normativo atendiendo a la bondad y puesta en ejecución concreta de la empresa objeto de sanción, recayendo sobre la empresa la prueba de que su programa normativo no es meramente «cosmético» (*windows dressing*)» (Alfaro Águila-Real, 2013c).

En definitiva, la opinión dominante pasa por premiar los programas de cumplimiento, si bien no existe consenso en cuanto al momento en que debe adoptarse el programa de cumplimiento para que pueda apreciarse como una atenuante. Unos entienden que una preferencia por los programas *ex ante* parece más acertada, ya que «una preferencia por los programas *ex post* podrá derivar en una falta de incentivo para implementar medidas de cumplimiento normativo antes de producirse una infracción, viéndose frustrada su función preventiva» (Martín Moral, 2021, p. 420). Otros entienden que «en un expediente sancionador la existencia de un programa *ex ante* demostraría la ineficacia de dicho programa, mientras que el programa *ex post* puede suponer un cambio de rumbo en la empresa cuyo compromiso puede ser relevante a futuro» (Martínez Corral, 2020, p. 241)²⁸.

En fin, lo que no se discute es que el cumplimiento de las normas es una obligación de la que no cabe eximirse, y los operadores económicos deben poner todo su empeño para cumplirlo, ya sea a través de programas de cumplimiento o no (Cohí Anchía, 2015, p. 392). Otra cosa distinta es el criterio que emplee cada operador económico para tomar la decisión de implantarlo, ya sea para lograr los objetivos de prevención y detección de infracciones –y, en ello, sanciones–, ya sea para que, una vez cometida la infracción, puedan ser beneficiarios de la atenuación de la sanción.

3.1.1.3. Posición de la Comisión Europea y autoridades de competencia nacionales

En un primer momento, la Comisión Europea parecía valorar en la determinación del importe de la sanción la implantación de programas de cumplimiento, incluso una vez detectada la infracción (Lombao Gracia, 2012), y ello como una circunstancia atenuante²⁹, así

²⁸ Así también Recuerda Girela (2016, p. 110).

²⁹ Así, Decisión 88/86/EEC de 18 de diciembre de 1987 (LCEur 1988\2184, asunto *Fisher Price/Quaker Oats*), Decisión 88/138/CEE de 22 de diciembre de 1987 (LCEur 1988\2245, asunto *Eurofix-Bauco contra Hiltl*), Decisión 92/426/EEC de 15 de julio de 1992 (LCEur 1992, 2712, asunto *Viho/Parker Pen*) y Decisión 91/532/CEE de 5 de junio de 1991 (LCEur 1991\3247, asunto *Viho/Toshiba*), entre otras.

como una agravante³⁰. No obstante, en los precedentes más actuales la Comisión Europea ha cambiado de criterio, sosteniendo en sus decisiones que los programas de cumplimiento *ex ante* implantados por las empresas no podían suponer una circunstancia atenuante³¹. En su trabajo de 23 de noviembre de 2011 *La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE* la Comisión Europea insiste en que la ventaja del cumplimiento normativo es la prevención, aunque reconoce también que el programa de cumplimiento permite, una vez producida la infracción, detectar la conducta anticompetitiva cuanto antes para limitar la exposición de la empresa y, en su caso, cooperando con la autoridad de competencia, en el marco de un programa de clemencia o de un procedimiento de transacción (Martín Moral, 2021, p. 405). No obstante, insiste en que «si se constata la infracción, es el que el programa de *compliance* ha fallado»³². Así lo ha reflejado expresamente, afirmando que «la mera existencia de un programa de cumplimiento no será considerada una circunstancia atenuante» (Comisión Europea, 2011). Este cambio de doctrina ha venido refrendado por las resoluciones de los tribunales de la Unión Europea³³, posiciones que han sido bastante criticadas³⁴.

³⁰ Así, Decisión 1999/210/CE de 14 de octubre de 1998 (LCEur 1999\730, asunto *British Sugar*).

³¹ Así, Decisión 2004/420/CE, de 3 de diciembre de 2003 (LCEur 2004\1687, asunto *Productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito*).

³² Esta idea tiene su origen en la CE en la STJUE de 29 de abril de 2004 (TJCE 2004\114, asunto *British Sugar*).

³³ Pese a que en la STG de 14 de julio de 1994 (T-77/92, asunto *Parker Pen*) inicialmente se aceptó la reducción de la multa con motivo de la implantación de un programa de cumplimiento *ex post*, en la STJUE de 28 de junio de 2005 (TJCE 2005\194, asunto *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*) se dice respecto a la implantación de un programa de cumplimiento que, aunque es importante que una empresa tome medidas para impedir que los miembros de su personal cometan en el futuro nuevas infracciones anticompetitivas, la adopción de tales medidas no cambia la realidad de la infracción probada, por lo que la Comisión no está obligada a calificar ese elemento como una circunstancia atenuante. Esta doctrina fue reiterada por la STJUE de 8 de octubre de 2008 (TJCE 2008\222, asunto *Carbone Lorraine/Comisión*). Y en la STJUE de 18 de julio de 2013 (TJCE 2013\230, asunto *Schindler Holding y otros/Comisión*) reiteraba que la mera adopción de estos programas no puede tomarse sin más como una circunstancia atenuante, sobre todo en aquellos casos en los que la acreditación de una infracción es una evidencia clara de un fallo en el cumplimiento de tales normas internas por las empresas sancionadas. Sostiene que el programa de cumplimiento «no solo no surtió efecto, sino que, por el contrario, dificultó el descubrimiento de las infracciones».

³⁴ Alfaro Águila-Real (2012) sostiene que «los programas de cumplimiento deberían ser apreciados por la Comisión Europea y permitir una reducción de las multas, tal y como sucede en los Derechos penales nacionales, entre ellos, el español». Por su parte, Pérez Fernández (2013) considera que, al no entrar a valorar si la infracción se ha cometido de forma deliberada o por negligencia, «la política de la Comisión Europea vulnera el principio de culpabilidad previsto en el artículo 23.2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 vulnerando así el artículo 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, así como el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos». Recuerda esta autora, además, que «las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos se rigen por el principio de responsabilidad personal, lo que obliga a que en el cálculo de las multas se deban tener en cuenta factores como el volumen de negocios de la empresa que es sancionada, en su caso la concurrencia de atenuantes o

En cuanto a las autoridades de competencia nacionales (Martín Moral, 2021), la CMA inglesa concede a la adopción de medidas de cumplimiento eficaces, *ex ante* o *ex post*, una posible reducción de hasta un 10 % del importe de la multa. No obstante, la CMA podría llegar a considerar los programas de cumplimiento *ex post* como una circunstancia agravante en supuestos en que el programa de cumplimiento se utilice para facilitar la infracción anti-competitiva o para ocultarla (Competition and Markets Authority, 2019, p. 12). Por su parte, la ADC francesa no reconoce la posibilidad de atenuar la responsabilidad de la empresa infractora que ha adoptado un programa de cumplimiento *ex ante* o *ex post* (Autorité de Defense de la Concurrence, 2012 y 2017). Por último, la AGCM italiana considera que la existencia de un programa de cumplimiento eficaz, *ex ante* o *ex post*, puede ser considerada una circunstancia atenuante. Respecto de los programas de cumplimiento *ex ante*, la AGCM distingue entre programa de cumplimiento eficaz, programa no manifiestamente inadecuado y programa manifiestamente inadecuado, atribuyendo una reducción de hasta un 15 %, 10 % o 5 %, respectivamente. Respecto de los programas de cumplimiento *ex post*, puede concederse una reducción de la multa hasta un 5 % (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2018).

3.1.3. Posición de la CNMC

Antes de la Guía, la CNMC ya valoraba positivamente la adopción de programas de cumplimiento, tanto *ex ante* como *ex post* (Martín Moral, 2021, p. 413). No obstante, heredó de la Comisión Europea ciertas reticencias respecto a la valoración de los programas de cumplimiento en el marco de expedientes sancionadores, en los que tuvo que dar respuesta a numerosas peticiones por parte de empresas que solicitaban que se valorase como circunstancia atenuante la implantación de un programa de cumplimiento.

3.1.3.1. Programas de cumplimiento *ex ante*

La primera aproximación entre el cumplimiento normativo y el derecho de la competencia se halla en la Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 (Expte. S/0482/13, asunto *Fabricantes de Automóviles*) en relación con un programa de cumplimiento *ex ante*. La CNMC defendió que de los hechos acreditados no se podía deducir la existencia previa a la infracción de un programa de cumplimiento eficaz, por lo que el genuino compromiso de la empresa de que posteriormente se implementaría eficazmente no podía valorarse como una circunstancia atenuante. Entendió que la mera existencia de un programa de cumplimiento *ex ante* no puede ser considerada «sin más como una circunstancia atenuante, sobre todo en aquellos casos en los que la acreditación de una infracción es una evidencia clara para

agravantes, sin olvidar la gravedad del comportamiento ilícito, de acuerdo con el artículo 23.3 del Reglamento 1/2003».

las empresas sancionadas de un fallo en el cumplimiento de tales normas internas». En definitiva, debía probarse que el programa implantado en el momento de la infracción era «eficaz» para prevenir dicha infracción.

La CNMC adopta los mismos argumentos en las resoluciones de la CNMC de 8 de junio de 2017 (Expte. S/DC/0557/15, asunto *Nokia*) y de 26 de julio de 2018 (Expte. S/DC/0565/15 asunto *Licitaciones informáticas*), supuestos en los que las empresas infractoras alegaban que tenían programas de cumplimiento *ex ante*, que son valorados por la CNMC como inadecuados.

Por su parte, en la Resolución de la CNMC de 19 de octubre de 2019 (Expte. S/0629/18, asunto *Asistencia Técnica Vaillant*) se apreciaba en la determinación de la sanción «la existencia de atenuantes que fundamentalmente se centran en la existencia de una colaboración con la autoridad y la implantación de un programa de comunicación dentro del programa de *compliance* de las empresas».

3.1.3.2. Programas de cumplimiento *ex post*

La CNMC se pronunció en la Resolución de la CNMC de 17 de septiembre de 2015 (Expte. SNC/0036/15, asunto *Mediaset*) en relación con programa de cumplimiento *ex post* adoptado durante la instrucción del procedimiento sancionador en el sentido de que, a pesar de que la adopción de tales medidas reflejaba el compromiso de cumplir con la normativa, su implementación se llevó a cabo en un periodo de tiempo posterior al que se valoraba y analizaba en el expediente, por lo que rechazó la petición de la empresa.

En la Resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2016 (Expte. S/DC/0504/14, asunto *AIO*) se aprecia un cambio de tendencia en la doctrina de la CNMC, ya que se impuso una sanción a los directivos de las empresas infractoras, en analogía con el artículo 31 de la CP³⁵.

El gran punto de inflexión se produjo con la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*), en la que se pone en tela de juicio la eficacia del programa de cumplimiento *ex post* porque de su contenido «no puede inferirse una aplicación eficaz y no se dispone de indicaciones sobre la valoración y consecuencia de aplicar tal programa a los hechos [...] investigados, en cuanto a la detección e indicación de las actividades en cuyo ámbito existe riesgo de que se cometan

³⁵ No obstante, el Tribunal Supremo anuló las multas impuestas, recordando que deben concurrir dos requisitos cumulativos para poder sancionar a una persona física conforme a lo dispuesto por el artículo 63.2 de la LDC, a saber: (a) que el sancionado sea un representante legal o integrante del órgano directivo de la empresa infractora, entendido como aquel que pudiera adoptar decisiones que «marquen, condicionen o dirijan» la actuación de la empresa; y (b) que tenga una intervención relevante en la adopción de los acuerdos o decisiones infractoras (STS de 1 octubre [RJ 2019\4023]; STS de 1 octubre [RJ 2019\3838]).

las infracciones objeto de este expediente». Indica la CNMC que la adopción de programas de cumplimiento *ex post* refleja únicamente el compromiso de cumplir con la legalidad, por lo que de este no puede derivarse directamente la atenuación de la multa, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser considerado como elemento moderador de la sanción si dicha implementación encamina a las empresas a la adopción de una verdadera cultura de cumplimiento. Finalmente, la CNMC rechaza la aplicación analógica del artículo 31 bis de la CP, «sin perjuicio de que el hecho de la adopción de un programa de cumplimiento pueda ser tenido en cuenta en este caso para modular la sanción»³⁶.

3.2. Valoración de los programas de cumplimiento después de la Guía

En la Guía la CNMC aboga por considerar la existencia de un programa de cumplimiento como elemento que permite no solo prevenir conductas anticompetitivas, sino también reaccionar frente a las que eventualmente se produzcan³⁷. Además, en línea con las autoridades de competencia de otros países europeos³⁸, se considera también como un posible elemento atenuante de la responsabilidad (CNMC, 2020a, p. 13), justificando la atenuación de la multa o, incluso, la exoneración del pago (Martín Moral, 2021, p. 420).

Recordemos, no obstante, que la implantación de un programa de cumplimiento no justifica *per se* una atenuación de la responsabilidad de la empresa, sino que ahora, con la Guía de la CNMC, resulta fundamental la valoración positiva del programa de cumplimiento para obtener dicha atenuación de la responsabilidad: el programa debe ser eficaz de acuerdo con los criterios que se recogen en la propia Guía (expuestos en el apartado 2 de este trabajo)³⁹.

³⁶ En la Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*) la CNMC indicaba el camino que se debe seguir «para que los principios del Derecho penal se apliquen al Derecho administrativo sancionador», explicando que conviene realizar «una interpretación integradora y armonizadora de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, en lo relativo a derecho penal y derecho administrativo sancionador, con los matices necesarios impuestos por las diferencias entre un régimen y otro, pero tal interpretación no permite en este caso admitir la pretensión de aplicación analógica de la atenuante del Código Penal, puesto que no concurren los elementos que esta norma establece a tal efecto».

³⁷ La CNMC (2020a) admite expresamente en la Guía que «la existencia de un programa de cumplimiento efectivo y eficiente es útil porque previene la participación en infracciones y permite detectar las infracciones que no hayan podido evitarse, así como gestionar las consecuencias de una determinada infracción».

³⁸ Así, la CMA inglesa y la AGCM italiana. Por su parte, la ADC francesa no reconoce ninguna reducción de la multa en caso de infracción.

³⁹ El requisito de la eficacia del programa para la apreciación de la atenuante venía siendo exigido tanto por la Comisión Europea en sus decisiones más recientes (Decisión 2004/420/CE, de 3 de diciembre de 2003 [LCEur 2004\1687], asunto *Productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito*) como por la CNMC desde sus primeras resoluciones sobre cumplimiento normativo en relación con el derecho de la

En fin, la CNMC muestra preferencia por los programas de cumplimiento *ex ante*, aunque también valora los programas de cumplimiento *ex post* de forma positiva⁴⁰. Así, ha atribuido efectos diversos a los distintos tipos de programas.

3.2.1. Programas de cumplimiento *ex ante*

La Guía apunta una serie de incentivos para aquellas empresas que establezcan en sus programas de cumplimiento *ex ante* medidas reactivas adecuadas que se explicitan en la propia Guía (colaboración activa y eficaz durante el procedimiento, reconocimiento de los hechos, terminación de las conductas, adopción de remedios, etc.)⁴¹. En estos casos, la CNMC diferencia dos situaciones: a) infracción muy grave constitutiva de cártel, e b) infracción grave o muy grave no constitutiva de cártel.

3.2.1.1. Infracción muy grave constitutiva de cártel

En el caso de que se detecte una infracción de cártel, la Guía distingue entre dos tipos de situaciones, «en función de si se existe o no la posibilidad de acudir a la CNMC en el marco del programa de clemencia» (CNMC, 2020a, p. 13).

A) Acogimiento al programa de clemencia y colaboración en la detección de la infracción

Si la empresa se ha acogido a un programa de clemencia, poniendo en conocimiento de la autoridad la existencia de un cártel o colaborando en su detección, además de optar a los beneficios derivados de este programa (exención y reducción del pago de multas, ex arts. 65 y 66 LDC), verá reflejado en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad, tal y como establece la LDC. La Guía prevé así un conjunto de incentivos para reforzar la colaboración de las empresas con la CNMC, en especial, en el marco del programa de clemencia.

En consecuencia, se distinguen dos supuestos. Por un lado, la empresa podría acceder a la exención de la multa (ex art. 65 LDC), siempre que la empresa sea la primera en

competencia (Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015 (Expte. S/0482/13, asunto *Fabricantes de Automóviles*)).

⁴⁰ Así, Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expte. S/DC/0544/14, asunto *Mudanzas Internacionales*).

En relación con otros países europeos, Martín Moral (2021, p. 416) explica que así se ha posicionado también la AGCM italiana, pero la CMA inglesa, sin embargo, muestra su preferencia por los programas de cumplimiento *ex post*.

⁴¹ Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

poner en conocimiento de la CNMC las infracciones cartelistas y cumpla los requisitos de la LDC al efecto para beneficiarse de la exención del pago de la multa. No obstante, surge la duda de cuál va a ser el beneficio adicional para las empresas de implantar un programa de cumplimiento cuando por aplicación del artículo 65 de la LDC en el marco del programa de clemencia a dicha empresa no se le va a imponer multa alguna. Tampoco está claro en qué consistiría la atenuación de la responsabilidad. Y ni siquiera parece que la implementación previa de un programa de cumplimiento eficaz aporte un beneficio adicional alguno a esa empresa en el caso de que en la práctica este supuesto sea equiparable a una situación en la que el cártel se ponga en conocimiento de la CNMC por parte de una empresa que no tiene programa de cumplimiento o que, incluso teniéndolo, el cártel se detecta por otras razones no conectadas con dicho programa (AEDC, 2020, p. 28).

Por otro lado, la empresa podría acceder a la reducción de la multa (ex art. 66 LDC), por ser la segunda, tercera, etc. empresa en aportar valor añadido significativo a la CNMC sobre el cártel. Como crítica a la Propuesta de Guía, la AEDC no entendía qué beneficio adicional específico aportaba la Guía a las empresas, más allá de los que corresponden en el marco de la política de clemencia (AEDC, 2020, pp. 28-29). Por tanto, consideraba que se debía clarificar en el texto que se trata de una atenuación de la responsabilidad de dicha empresa «adicional» a la que pueda obtener toda empresa a través del programa de clemencia –en este supuesto, por cumplir los requisitos específicos del art. 66 LDC–, tenga o no programa de cumplimiento implementado⁴². A este respecto, la Guía ha aclarado que

las empresas, además de los beneficios derivados del programa de clemencia [...], verán reflejada en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad en la infracción, a los efectos que pudieran resultar oportunos. Dicha atenuación de la responsabilidad puede tener reflejo en la sanción que se imponga a la empresa, con independencia de la reducción de la sanción prevista en el art. 66 LDC (CNMC, 2020a, p. 15).

B) Colaboración en la investigación de la infracción y reconocimiento de hechos

Si la empresa no se acoge a un programa de clemencia, su colaboración activa y eficaz de la empresa y el reconocimiento de los hechos ya constatados por la CNMC (2020a, p. 14) puede contribuir a la atenuación de su responsabilidad.

⁴² La AEDC (2020, p. 29) consideraba importante aclarar que, si la empresa fue la segunda en aportar dicho valor añadido y, en consecuencia, le corresponde por aplicación directa de la LDC una reducción de entre el 30 y 50 % de la multa que en otro caso se le impondría, el hecho de haber detectado el cártel gracias al programa de cumplimiento le reportará una atenuación de responsabilidad especial, que se traduciría en una reducción adicional, por poner un mero ejemplo, de entre un 5-15 % de la multa. Si a dicha empresa se le concede un 50 % por aplicación del programa de clemencia, esa reducción podrá verse incrementada hasta un 55 % o 65 % por haberse detectado el cártel gracias al programa de cumplimiento.

En este supuesto es precisa la falta de acogimiento del programa de clemencia por parte de la empresa. En un principio, la redacción inicial en la Propuesta de Guía se refería únicamente a la «colaboración activa y eficaz con la CNMC» (CNMC, 2020c, p. 29), por lo que replicaba literalmente la circunstancia atenuante del artículo 64.3 d) de la LDC en el marco del programa de clemencia. Esta redacción ocasionaba cierta confusión, ya que nuevamente no se entendía qué beneficio adicional podría aportar la implantación de un programa de cumplimiento *ex ante* a la empresa a la que ya se le hubiera reconocido dicha atenuante en el marco del programa de clemencia (AEDC, 2020, p. 30). Por tanto, era necesario precisar que la atenuación de la responsabilidad puede darse en los supuestos en los que las empresas no se hayan acogido al programa de clemencia. Y así lo ha hecho la Guía aclarando que no se trata de la atenuante del artículo 64.3 d) de la LDC, sino que se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento (CNMC, 2020a, p. 15). Por suerte, o por desgracia para las empresas, con el requisito de la falta de acogimiento del programa de clemencia se ha descartado otra posibilidad para atenuar su responsabilidad que no sea aquella derivada del programa de cumplimiento.

3.2.1.2. Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel

En el caso de que se detecte una infracción, pero no esta no sea constitutiva de cártel, la Guía distingue entre dos tipos de situaciones: a) colaboración en la detección e investigaciones de la infracción y b) compromiso con el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia.

A) Colaboración en la detección e investigación de la infracción

Si la empresa, gracias al programa de cumplimiento, detecta una infracción distinta de cártel y pone en conocimiento de la autoridad dicha infracción, así como colabora activa y eficazmente, puede ver atenuada su responsabilidad, tal y como se establece la LDC, llegando incluso a quedar exonerado del pago de la multa (CNMC, 2020a, p. 14).

A este respecto, no queda claro a través de qué medio y procedimiento podría una empresa informar a la CNMC de una infracción distinta de cártel cometida por ella misma, en la medida en que fuera del ámbito del programa de clemencia la LDC no contempla la posibilidad de que una empresa se autodenuncie de la comisión de una infracción anti-competitiva (AEDC, 2020, p. 32)⁴³. La versión definitiva de la Guía no ha aclarado nada a este respecto.

⁴³ Explica que la figura de la denuncia que contemplan los artículos 49 de la LDC y 25.1 c) del RDC y el buzón de colaboración de la CNMC no parecen diseñados para la puesta en conocimiento de la autoridad

Por otro lado, la AEDC (2020, p. 32) criticaba de nuevo que la Propuesta de Guía no especificaba el alcance de la atenuación de la responsabilidad de la empresa que informara a la CNMC de una infracción distinta de cártel cometida por ella misma⁴⁴. Si la implantación de un programa de cumplimiento *ex ante* no aportara a las empresas ningún beneficio adicional, las empresas infractoras no se acogerían a la implantación del programa, sino que preferirían esperar, en su caso, a la incoación del procedimiento sancionador por la CNMC, que solo habría servido para confirmar la existencia de indicios de infracción, para cooperar entonces de manera efectiva y eficaz con la autoridad o implementar un programa de cumplimiento *ex post* (CNMC, 2020a, pp. 15-16). A este respecto, ha aclarado la Guía que las empresas verán reflejada en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad en la infracción, a los efectos que pudieran resultar oportunos, precisando que dicha atenuación de la responsabilidad puede tener reflejo en la sanción que se imponga a la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de que la resolución no contemple sanción alguna. Pero la CNMC ha ido más allá, determinando que los efectos de las resoluciones de los procedimientos administrativos sancionadores que declaren la eficacia del programa de cumplimiento de la infractora por parte de la CNMC podrán tener eficacia en otros procedimientos administrativos, en concreto, los procedimientos ante la Junta Consultiva de Contratación a los efectos del artículo 72.5 de la LCSP (CNMC, 2020a, pp. 15-16).

No obstante lo anterior, Martín Moral (2021, p. 421). recuerda que es la LDC –en su artículo 65– la que prevé la exención del pago de la multa en el marco de los programas de clemencia, en los que solo pueden participar las empresas partícipes de un cártel, y no existe ninguna previsión legal similar para aquellas empresas autores de una infracción no constitutiva de cártel. Por tanto, la CNMC no está facultada para exonerar del pago de la multa a estas empresas, pudiendo únicamente acordar una reducción.

B) Compromiso con la normativa de defensa de la competencia

La empresa puede optar por una atenuación de su responsabilidad si, aunque la infracción de las normas de competencia haya sido detectada por la CNMC y la empresa no haya colaborado con la detección e investigación, muestra compromiso con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, reconociendo los hechos detectados, terminan-

de una infracción por parte de la propia infractora. Tampoco existe la posibilidad de plantear consulta previa alguna sobre la legalidad de una determinada conducta en fase de proyecto (por ejemplo, confirmando la aplicabilidad de la exención individual prevista por el art. 1.3 LDC).

⁴⁴ La AEDC comentaba que no quedaba claro con la Propuesta de Guía si la referida atenuación de responsabilidad iba más allá de (a) la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 64.3 d) de la LDC, o (b) de la «modulación de la sanción» que podía concederse a las empresas que implementaran un programa de cumplimiento *ex post*.

do inmediatamente con la conducta y adoptando medidas que remedien los perjuicios de la misma para la competencia de forma rápida y voluntaria (por ejemplo, modificando la estrategia comercial o las cláusulas controvertidas) (CNMC, 2020a, p. 14).

La Propuesta de Guía no especificaba el alcance de la posible atenuación de responsabilidad (AEDC, 2020, pp. 33-34)⁴⁵. La Guía se ha ocupado de ofrecer un poco de luz a este respecto: se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento. Y, además, la declaración de eficacia del programa de cumplimiento de la empresa infractora por parte de la CNMC en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador podrá tener efectos en otros procedimientos administrativos, en concreto, los procedimientos ante la Junta Consultiva de Contratación a los efectos del artículo 72.5 de la LCSP (CNMC, 2020a, p. 16).

3.2.2. Programas de cumplimiento *ex post*

Pese que la CNMC muestra una preferencia por los programas de cumplimiento *ex ante*, los programas de cumplimiento *ex post* también podrán valorarse para la atenuación de su responsabilidad y la correspondiente modulación de la sanción (Martín Moral, 2021, p. 417). Según la Guía, una vez detectada la infracción de las normas de competencia e iniciado el procedimiento administrativo sancionador, la empresa infractora podrá presentar un proyecto de diseño de programa de cumplimiento, o un programa de mejora del programa de cumplimiento que pudiera tener la empresa con anterioridad al inicio de la investigación de la CNMC (2020a, p. 14). La Guía admite expresamente que se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento (CNMC, 2020a, p. 16). Así, se apuntan incentivos, también en su consideración de atenuante por la voluntad de cumplimiento proyectada, para las empresas que manifiesten la intención de implementar un programa de cumplimiento *ex post* (posterior al conocimiento de la infracción por la autoridad de competencia) o la mejora de uno anterior, y así lo certifiquen en el momento oportuno⁴⁶.

En cuanto al encaje procedimental de los programas *ex post* en el marco del procedimiento sancionador regulado por la LDC, la Guía hace diversas precisiones. En primer lugar,

⁴⁵ Se critica que no clarificaba si la atenuación de responsabilidad en este supuesto es «igual o en qué medida y términos es diferente a (a) la que puede concederse a una empresa que informó *motu proprio* a la CNMC de la comisión de una infracción de la LDC distinta al cártel, de conformidad con el párrafo primero comentado anteriormente; (b) la circunstancia atenuante contemplada en el art. 64.3 d) LDC; o (c) la "modulación de la sanción" que pueda concederse a las empresas que implementen un programa de cumplimiento *ex post*».

⁴⁶ Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*).

el programa de cumplimiento *ex post* debe presentarse una vez dictada la resolución que pone fin al expediente (CNMC, 2020c, p. 12). Esta cuestión fue bastante debatida, pues la Propuesta de Guía no especificaba en qué momento del procedimiento sancionador ante la CNMC puede la empresa presentar el proyecto de programa *ex post* (esto es, el proyecto de diseño del programa de cumplimiento o las mejoras en el programa de cumplimiento que ya tuviera).

En segundo lugar, el programa de cumplimiento *ex post* debe ser presentando a la Dirección de Competencia lo antes posible y, en todo caso, antes de la notificación de la propuesta de resolución (CNMC, 2020a, p. 15)⁴⁷.

Por último, en el supuesto de considerarse que el programa *ex post* se ajusta a las consideraciones expuestas en la Guía, la empresa debe remitir en un plazo no superior a seis meses desde la adopción de la resolución que ponga fin al expediente, o en el plazo previsto en los compromisos adoptados en un procedimiento de terminación convencional, una declaración de sus representantes legales certificando la implementación del programa de cumplimiento o la mejora cuyo diseño fue expuesto a la CNMC (2020a, p. 15). Este último requisito contenido en la Guía debe entenderse como un requisito a efectos de la vigilancia del posterior cumplimiento de la resolución, por lo que la resolución que ponga fin al expediente sancionador debería limitarse a recoger en su parte dispositiva dicha obligación (AEDC, 2020, p. 41). Este extremo tiene relevancia debido a que la redacción de este elemento en la Propuesta de Guía sugería que este debía entenderse como un requisito para que el Consejo de la CNMC establezca en su resolución que la empresa debe quedar exenta de la prohibición de contratar (AEDC, 2020, p. 41).

3.3. Aplicación de la Guía por la CNMC

La primera resolución de la CNMC después de la Guía es la Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021 (Expte. S/DC/0627/18, asunto *Consultoras*), en la que las empresas infractoras Indra, KPMG y Deloitte habían adoptado medidas de cumplimiento normativo tanto anteriores como posteriores a la incoación del expediente. Por una parte, Indra disponía de, como medidas *ex ante*, un código de conducta, que abarcaba el cumplimiento de la normativa de competencia. Y como medidas *ex post*, implementó un manual de prevención de riesgos en derecho de la competencia (que cumplía con los requisitos de la Guía) y puso en marcha una investigación interna en la empresa, detectando la existencia de la conducta imputada por la CNMC, aportando documentación adicional que pudo emplearse como prueba directa de su participación en el ilícito y despidiendo disciplinariamente a dos directivos que habían participado en el ilícito. La CNMC valoró positivamente

⁴⁷ Véase nota anterior.

te las medidas de cumplimiento adoptadas tanto *ex ante*, como *ex post*, reconociendo su participación en la infracción y colaborando activamente con la autoridad de competencia, por lo que concedió una reducción del 10 % de la multa al amparo del artículo 64.3 d) de la LDC, en relación con la Guía de la CNMC. Por otro lado, KMPG y Deloitte también contaban con medidas *ex ante* (un código de conducta que, si bien abarcaba el cumplimiento de las normas de competencia, carecía de procedimientos de control), así como medidas *ex post* (proyectos de mejora); no obstante, la CNMC consideró que tales medidas no eran merecedoras de ser consideradas una circunstancia atenuante, ya que, respecto de las medidas *ex ante*, los programas de cumplimiento no eran específicos para las normas de defensa de la competencia, ni siquiera adecuados para prevenir la infracción anticompetitiva, y, respecto de las medidas *ex post*, los proyectos de mejora no aseguraban que no se repitiera este tipo de conductas.

En la Resolución de la CNMC de 17 de agosto de 2021 (Expte. S/0013/19, asunto *Conservación Carreteras*), las empresas alegaron haber implementado programas de cumplimiento *ex ante* o *ex post*, pero ninguna de ellas adoptó, a raíz de la implantación de sus respectivos programas de cumplimiento normativo, medidas en términos de colaboración con la CNMC o de reacción frente a las prácticas sancionadas, que reflejaran una verdadera voluntad de cumplimiento con la normativa de defensa de la competencia, por lo que la CNMC consideró que ninguna es merecedora de la atenuación de la responsabilidad.

En esa línea, en la Resolución de la CNMC 14 de septiembre de 2021 (Expte. S/0025/19, asunto *Gestión de Archivos*) la CNMC sostiene que, si bien las empresas reflejaron en parte su voluntad cumplidora a futuro en los programas revisados que presentaron, la mera introducción de un programa no podía considerarse sin más una circunstancia atenuante y ninguna de las empresas infractoras alegó ninguna razón que justificara tal atenuación más allá de la mera aportación de sus respectivos programas y de las medidas de formación y declaraciones en la web que, sin embargo, no se materializaron en acciones concretas en relación con este expediente. Añade que los programas de cumplimiento aportados presentaban deficiencias que impedían apreciar plenamente su eficacia. Además, recuerda que los programas de cumplimiento *ex post*, o las mejoras de los mismos, deben presentarse a la Dirección de Competencia lo antes posible y, en todo caso, antes de la notificación de la propuesta de resolución. Concluye que ninguna es merecedora de la atenuación.

Y así también en la Resolución de la CNMC de 29 de septiembre de 2021 (Expte. S/DC/0614/17, asunto *Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias*), en la que se sostiene que las empresas no tenían programas *ex ante* eficientes que hubieran tenido como resultado la identificación de conductas contrarias a la LDC que hubieran permitido una colaboración adecuada con la defensa de la competencia en la instrucción del expediente. En relación con las actuaciones *ex post*, en ninguna de las empresas se observaba la adopción de políticas que pudieran considerarse efectivas para concienciar e infundir en el seno de las organizaciones una cultura de cumplimiento normativo firme de las normas de defensa de

la competencia en particular. Tampoco se apreciaban medidas reactivas firmes dirigidas a evitar en el futuro este tipo de comportamientos.

4. Conclusión

La relevancia de los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia es notoria actualmente. La opinión mayoritaria afirma que los programas de cumplimiento son un instrumento esencial para impulsar el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia dentro de las empresas, por lo que se debe favorecer su adopción aunque eso pase por premiar con la atenuación de la responsabilidad a entidades que precisamente hayan cometido una infracción anticompetitiva.

No obstante, la Comisión Europea todavía se muestra reticente a considerar los programas de cumplimiento como una circunstancia atenuante, ya que persiste en la opinión de que el objetivo de un programa de cumplimiento es la prevención de infracciones, y no la elusión de sanciones. En esta línea, las autoridades de competencia de otros países europeos coinciden en la función preventiva de los programas de cumplimiento, si bien no todas defienden que, una vez producida la infracción anticompetitiva, se valoren en la determinación de la sanción.

Pero la CNMC parece que sí que está dispuesta a considerar los programas de cumplimiento. Más aún con la Guía, e independientemente de que se trate de un programa de cumplimiento *ex ante* o *ex post*, si bien, a los ojos de la CNMC, son preferibles los programas de cumplimiento *ex ante*. La publicación de la Guía ha supuesto un hito en el objetivo de la implantación de una cultura de cumplimiento en las organizaciones empresariales. Por un lado, este documento servirá de base a todas aquellas empresas que, sirviendo a los intereses generales, decidan implementar programas de cumplimiento eficaz que prevengan infracciones anticompetitivas, sin perjuicio del beneficio de la atenuación de la responsabilidad en caso de que el programa fracase. Por otro lado, para las empresas que solo implementen el programa de cumplimiento una vez cometida la infracción, la Guía también les proporciona las pautas necesarias para adoptar un programa de cumplimiento eficaz para prevenir nuevas infracciones en el futuro, con la oportunidad de ver minorada su responsabilidad. Ello contribuyendo al objetivo de prevenir y detectar infracciones, y en beneficio del interés general.

Ahora bien, ahora con la Guía es fundamental que los programas de cumplimiento cumplan con el requisito de eficacia, que se venía exigiendo por la doctrina administrativa de la CNMC, y que sean diseñados de modo casuístico atendiendo a la estructura de la empresa y el mercado en el que desarrolla su actividad.

Cumplido el requisito de eficacia, la Guía contempla el beneficio de la moderación de la responsabilidad para esas empresas que hayan implantado programas de cumplimien-

to, ya sean *ex ante* o *ex post*. Así, en línea con la AGCM italiana, la CNMC ha optado por considerar los programas de cumplimiento no solo como un elemento preventivo de infracciones anticompetitivas, sino también como un elemento moderador de la responsabilidad administrativa.

En la Guía se premian los programas de cumplimiento independientemente del momento de su implantación, ya sea *ex ante* o *ex post*. No obstante, la CNMC muestra cierta preferencia por los programas de cumplimiento *ex ante* –quizá por incentivar la implantación de programas de cumplimiento *ex ante* y evitar que se frustre su función de prevención–, disponiendo la reducción de la multa e incluso la exoneración del pago. Y, en cualquier caso, la CNMC valora de forma muy positiva como posible elemento moderador de la sanción la adopción de actuaciones de cumplimiento *ex post* (p. ej., colaboración activa y eficaz durante el procedimiento sancionador, reconocimiento de los hechos, terminación de las conductas, adopción de remedios, etc.).

La Guía prevé considerables beneficios, llegando a contemplar la exoneración del pago de la multa en caso de infracciones distintas de cártel. No obstante, aunque la CNMC pretenda equiparar las infracciones distintas de cártel con las infracciones constitutivas de cártel para dotar a aquellas de los beneficios de la reducción de la multa o de su exención previstos en los artículos 65 y 66 de la LDC, persisten impedimentos para la atribución de dichos beneficios: aunque la empresa infractora quiera colaborar en la detección de la infracción para obtener los beneficios derivados del programa de cumplimiento, no existen medios ni procedimiento por los que una empresa pueda informar a la CNMC de una infracción distinta de cártel cometida por ella misma, ni existe precepto legal que faculte a la CNMC a exonerar del pago de la multa, pudiendo únicamente reducir su importe.

Además, la Guía adolece, en la mayoría de los supuestos que contempla, de falta de precisión. Entre otros aspectos, no quedan claros los beneficios adicionales del programa de cumplimiento relación con la atenuación de la responsabilidad si la empresa se ha acogido al programa de clemencia. Por otro lado, sería recomendable determinar la cuantía de la reducción de la sanción –como sí lo hace la CMA o la AGCM–, ya que no puede servir como precedente el único expediente en el que la CNMC apreció la atenuación de la responsabilidad reduciendo la sanción en un 10 % (Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021 [Expte. S/DC/0627/18, asunto *Consultoras*]).

En cualquier caso, la CNMC se muestra exigente a la hora de considerar que el programa de cumplimiento reúne los elementos requeridos para ser valorados como una circunstancia atenuante al amparo del artículo 64.3 d) de la LDC, ya que solo ha apreciado la circunstancia atenuante en una ocasión (Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021 [Expte. S/DC/0627/18, asunto *Consultoras*]). Además, de las resoluciones de la CNMC posteriores a la Guía puede concluirse que, para la moderación de la sanción, no es suficiente con la implantación de un programa de cumplimiento eficaz, ya sea *ex ante* o *ex post*, sino que, además, son precisas actuaciones concretas *ex post* de colaboración con la CNMC o de

reacción frente a las prácticas sancionadas, que reflejen una verdadera voluntad de cumplimiento con la normativa de defensa de la competencia. La CNMC exige la adopción de políticas efectivas para concienciar e infundir en el seno de las organizaciones una cultura de cumplimiento firme de las normas de defensa de la competencia en particular.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2013a). Cumplimiento normativo y confesión católica. *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2013b). Los objetivos del Derecho de la Competencia. A propósito de Drexl y el Dictador omnisciente. *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2013c). Programas de cumplimiento y multas por infracciones del Derecho de la Competencia. A propósito de Wils. *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2015). ¿Cuándo es deseable que la gente cumpla las normas? *Blog de Derecho Mercantil*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2017). La libertad de competencia y el Derecho de la Competencia. *Almacén de Derecho*.
- Alfaro Águila-Real, J. (2021). McKinsey y el cumplimiento normativo. *Blog de Derecho Mercantil*.
- AEDC (Asociación Española de Defensa de la Competencia). (2020). *Comentarios a la propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia sometida a consulta pública*.
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. (2018). *Linee guida sulla compliance Antitrust*.
- Autorité de Defense de la Concurrence. (2017). *Communiqué du 19 octobre 1017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité*.
- Autorité de Defense de la Concurrence. (2011). *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence*.
- Blánquez Palasi, L. (2019). What is an Antitrust Compliance Program? *The Antitrust Attorney Blog*.
- Cohí Anchía, C. (2015). Los Programas de Cumplimiento en relación con la Normativa de Defensa de la Competencia: en beneficio de todos. *Anuario de la competencia*, 1, 379-393.
- CNMC (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) (2020a). *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*.
- CNMC. (2020b). *Nota de prensa. La CNMC publica una guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia*.
- CNMC. (2020c). *Propuesta de Guía de Programas de Cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia elaborada por la referida CNMC*.

- Comisión Europea. (2011). *La importancia de cumplir. Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE.*
- Competition and Markets Authority. (2019). *CMA's Guidance as to the appropriate amount of a penalty.*
- Competition and Markets Authority. (2020). *Guidance: Competition law risk: a short guide.*
- Díez Estella, F. (2019). La aplicación privada del Derecho de la competencia: acciones judiciales de daños y procedimientos judiciales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 267-305.
- Estal Gallego, L. del. (2020). La CNMC, a favor del compliance para atenuar la responsabilidad en materia de competencia. *El Derecho Lefebvre.*
- García-Verdugo Sales, J. (2016). *Valoración económica de las sanciones de competencia. Documento AE-01/16(0428).2.*
- Lachnit, E. (2014). Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities. *Utrecht Law Review*, 10(5), 31-35.
- Lascuráin Sánchez, J. A. (2015a). La reforma del artículo 31 bis del Código Penal: dos bodas y algún funeral (I). *Almacén de Derecho.*
- Lascuráin Sánchez, J. A. (2015b). La reforma del artículo 31 bis del Código Penal: dos bodas y algún funeral (II). *Almacén de Derecho.*
- Lema Dapena, A. (2019). Las políticas de Competencia y los sistemas de gestión de Compliance. *CNMC Blog.*
- Lombao Gracia, C. (2012). Los programas de cumplimiento como circunstancia atenuante en el Derecho de la Competencia. *Blog de Derecho Mercantil.*
- Martín Moral, M. F. (2021). Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias en el derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 402-422.
- Martínez Corral, B. (2020). Las medidas de self-cleaning y los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia en España. *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 89, 231-252.
- Ramírez Barbosa, P. A. y Ferré Olivé, J. C. (2019). Compliance y ética en la empresa. En *Compliance, Derecho penal y corporativo y buena gobernanza empresarial* (pp. 65-99).
- Pérez Fernández, P. (2013). Programas de Compliance y Derecho de la Competencia. *Blog de Derecho Mercantil.*
- Pérez Fernández, P. (2014). La importancia de los programas de cumplimiento –compliance programmes– en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia. *ICE: Revista de Economía*, 1(876), 75-90.
- Pérez Fernández, P. (2015). Programas de Compliance y Derecho de la Competencia. En *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 374-432).
- Perramón Flaquer, V. (2020). El compliance como atenuante ante las sanciones de la CNMC. *El Derecho Lefebvre.*
- Recuerda Girela, M. A. (2016). Problemas prácticos y actualidad del derecho de la competencia. *Anuario de derecho de la competencia.*
- Robles Martín-Laborda, A. (2016). El cártel de las mudanzas internacionales: ¿se puede hacer algo más contra la colusión en las licitaciones públicas? *Competencia y Regulación.*



- Robles Martín-Laborda, A. (2018). Sanciones y remedios contra las restricciones de la competencia y principio de efectividad. *Almacén de Derecho*.
- Tato Plaza, A. (2013). El derecho de la libre competencia y los códigos de conducta. En *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores* (pp. 111-130).
- Terns Freixes, D. (2020). Efectos del programa de Compliance en Defensa de la Competencia (II). *El Derecho Lefebvre*.
- Vega García, F. de la. (2016). Programas de cumplimiento normativo (compliance) y Derecho Antritrust (Res. CNMC de 6 de septiembre de 2016, As. Mudanzas Internacionales). *Derecho de la Competencia*.
- Wils, W. P. J. (2013). Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, 1(1), 1-35.